Sygn. akt KIO 3661/21

POSTANOWIENIE
z dnia 5 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2021 r. przez Odwołującego - wykonawcę PZU Zdrowie S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z siedzibą w Świerżach Górnych, przy udziale wykonawcy LUX MED. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzucić odwołanie na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Odwołującego i:

2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądzić od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Zamawiający - ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z siedzibą w Świerżach Górnych

prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2021r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług medycznych na rzecz pracowników i emerytów ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. oraz usług ratownictwa medycznego".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej pod numerem 2021/S 176-459777.

W dniu 17 grudnia 2021r. wykonawca - PZU Zdrowie S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 239 ust. 1 w związku z art. 362 pkt Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty oraz niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców w związku z dopuszczeniem do złożenia przez Lux Med sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący") w toku aukcji elektronicznej oferty niespełniającej warunków minimalnego postąpienia określonych przez Zamawiającego, co doprowadziło do wypaczenia przebiegu

aukcji elektronicznej, a w konsekwencji do wyboru jako najkorzystniejszej oferty

Przystępującego i w związku z tym miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ zapewnienie przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a tym samym całego postępowania w sposób odpowiadający przepisom prawa i przejrzystym regułom aukcji elektronicznej doprowadziłoby do innych wyników Postępowania, w szczególności do złożenia innej ostatecznej oferty przez każdego z Wykonawców;

2) naruszenie art. 234 ust. 1 w związku z art. 362 pkt 1 Pzp poprzez niezapewnienie, aby w toku aukcji elektronicznej wykonawcy mieli możliwość wprowadzania kolejnych korzystniejszych postąpień podlegających automatycznej ocenie i klasyfikacji w związku z dopuszczeniem do składania przez wykonawców kolejnych ofert niespełniających określonych w dokumentach postępowania warunków dotyczących minimalnego postąpienia, co miało wpływ na wynik postępowania w szczególności w ten sposób, że ostateczna oferta składana przez każdego z wykonawców przy uwzględnieniu jednoznacznych kryteriów minimalnego postępowania byłaby (lub mogłaby być) inna, a w konsekwencji inna oferta zawierałaby (lub mogłaby zawierać) najniższą cenę

oraz

3) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 10 Pzp poprzez uznanie, że oferta złożona przez Przystępującego mimo tego, że jej ostateczny kształt w zakresie ceny był wynikiem oferty złożonej w trakcie aukcji elektronicznej, która nie spełniała warunków minimalnego postąpienia, odpowiada przepisom ustawy, warunkom zamówienia oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej, podlegającej odrzuceniu, oferty złożonej przez Przystępującego, a co miało wpływ na wynik postępowania;

4) naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu w związku z błędnym nieodrzuceniem oferty Przystępującego;

oraz

5) naruszenie art. 255 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania mimo, że wszystkie złożone ostatecznie w postępowaniu oferty przekraczały kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności polegającej na ocenie oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej;

2) powtórzenie aukcji elektronicznej przy zapewnieniu jasnych i automatycznie stosowanych kryteriów minimalnego postąpienia w toku aukcji elektronicznej, co zapewni równe i przejrzyste traktowanie wykonawców,

albo

3) odrzucenie oferty Przystępującego i przeprowadzenie ponownej oceny ofert w toku postępowania po odrzuceniu oferty Przystępującego,

albo

4) unieważnienie postępowania,

a jednocześnie - w przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia przez Zamawiającego unieważnienie umowy, albowiem jej zawarcie nastąpiło z naruszeniem wyżej opisanych przepisów Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie przepisów art. 528 pkt 1) w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, gdyż 10-dniowy termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących przebiegu aukcji elektronicznej oraz złożonego w tej aukcji elektronicznej postąpienia przez Przystępującego powinien być liczony od dnia przekazania Odwołującemu pisma Zamawiającego z dnia 29 października 2021 r., w którym — po zbadaniu zarówno przez Zamawiającego, jak i przez Zespół Logintrade — tożsamych zarzutów i ich uzasadnień przedstawionych w piśmie Odwołującego z dnia 27 października 2021 r. Zamawiający jednoznacznie stwierdził, że ustawienia i przebieg aukcji elektronicznej, jak również wszystkie postąpienia złożone przez

Przystępującego podczas tej aukcji były w pełni prawidłowe i nie ma jakichkolwiek podstaw do jej unieważnienia czy powtórzenia.

Również Przystępujący w piśmie procesowym wniósł o odrzucenie odwołania, popierając stanowisko Zamawiającego co do momentu od którego należało liczyć termin na wniesienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła:

Odwołanie dotyczy przebiegu aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 25 października 2021r., w której udział brał zarówno Odwołujący jak i Przystępujący. Ponadto Izba ustaliła, że jak dokumentacji postępowania, tj. pisma Odwołującego z dnia 27 października 2021r., Odwołujący w toku aukcji, o godz. 12:55 zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie sytuacji dotyczącej złożonego przez Przystępującego postąpienia które w ocenie Odwołującego nie spełniało minimalnych wymagań co do wysokości ustanowionej w „Regułach Aukcji". Ponadto jak wynika z odwołania, w tym samym czasie Odwołujący skontaktował się telefonicznie oraz mailowo z administratorem platformy LoginTrade co do wadliwości dokonanych przez Przystępującego postąpień.

Izba zważyła:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 1) w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp, jako wniesione po upływie przewidzianego w Pzp terminu.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, znajdującym zastosowanie w tej sprawie, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Podstawą wniesionego odwołania było twierdzenie Odwołującego co do niezgodnego z Regułami Aukcji postąpienia dokonanego przez Przystępującego. Powyższe znajduje potwierdzenia zarówno w treści wniesionego odwołania jak również w piśmie Odwołującego skierowanego do Zamawiającego z dnia 27 października 2021r.

Izba po analizie odwołania oraz ww. pisma z dnia 27 października 2021r. stwierdziła, że Odwołujący o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, tj. niezgodnym z postanowieniami „Reguł Aukcji" postąpieniu dowiedział się już w trakcie trwania aukcji, kiedy to w trakcie trwania dogrywki, tj. o godz. 12:55 zasygnalizował powyższe zarówno Zamawiającemu jak i operatorowi platformy aukcyjnej.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że już od tego dnia, tj. 25 października 2021r. należało liczyć termin na wniesienie odwołania. Termin ten zgodnie z postanowieniami

przepisu art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp upływał w dniu 4 listopada 2021r. Zatem wniesienie odwołania w dniu 17 grudnia 2021r. było spóźnione.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego, że termin na wniesienie odwołania należało liczyć od dnia 29 października 2021r., tj. od dnia w którym Zamawiający odpowiedział na zastrzeżenia Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 27 października 2021r. Powyższe pismo stanowiło bowiem jedynie potwierdzenie, że Zamawiający nie dopatrzył się nieprawidłowości w przebiegu aukcji elektronicznej. Nie wpływało natomiast na wskazany powyżej przez Izbę dzień upływu terminu na skorzystanie przez Odwołującego ze środka ochrony prawnej. Podkreślić należy także, że przepisy Pzp nie przewidują bowiem procedury wnoszenia zastrzeżeń do przebiegu aukcji elektronicznej, ani spoczywającego na Zamawiającym obowiązku ustosunkowania się do zgłaszanych przez wykonawcę nieprawidłowości.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący:.....